LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE CHEZ LES MUSULMANS

par

M. HAMIDULLAH

Extrait des

ANNALES DE LA FACULTE DE DROIT D'ISTANBUL

Nos. 29 - 30 - 31 - 32 — 1968

Imprimerie
FAKÜLTELER MATBAASI
İstanbul — 1968

LA PHILOSOPHIE JURIDIQUE CHEZ LES MUSULMANS

par

M. HAMIDULLAH

Professeur à l'Institut d'Etudes islamiques de la
Faculté des Lettres d'Istanbul

Comme nous avons eu l'occasion de le relever ici même(*) les juristes musulmans du VIIIe siècle ont conçu et développé une branche très originale de la science juridique, celle qu'ils ont nommée "les racines du droit" *(usoul)*, pour la distinguer des codes et des collections des règles de conduite qui ne sont à leurs yeux que des "branches" *(furou')* de l'arbre du droit. Par la science des "Racines", ils entendent quelque chose d'abstrait, une espèce de méthodologie qui s'applique, *mutatis mutandis*, à n'importe quel système de droit de n'importe quelle époque ou de n'importe quel pays. On y parle, entre autres thèmes, de la philosophie du droit, de ses sources, des moyens de légiférer, de déduire, d'interpréter, d'abroger, de réconcilier en cas de conflit.

Par "philosophie", on entend la connaissance générale des choses avec leurs principes et leurs causes. Même en la restreignant au droit, cela dépasserait un article. On se contentera donc de relever quelques aspects de la question. Le nombre d'auteurs qui ont étudié ce problème étant très grand, il ne faut pas, non plus, s'attendre à trouver l'unanimité sur chaque point.

Le Droit:

Il faut préciser d'abord ce qu'a signifié le "droit" pour les juristes musulmans. Rappelons, pour commencer, que ceux-ci sont

(*) ANNALES. Nos 9-10-11, (1959). Histoire d'Usul-Al-Fıqh chez les Musulmans pp. 77-91.

tous d'accord pour lui donner un sens plus large que celui que l'Occident d'aujourd'hui donne à ce terme.

Un des premiers auteurs de la science des Racines — et nous les appelerons *usoulistes* — *Abou Hanîfa* (mort 767), définit le droit par "la connaissance des droits et des devoirs de l'homme"[1]. Les devoirs étant aussi bien ceux du corps humain que de l'esprit, rien d'étonnant qu'on ait inclus dans les codes musulmans non seulement les règles des questions matérielles, telles que contrats, pénalités, etc., mais aussi les rites cultuels : la prière, le jeûne, le pèlerinage; bref toutes les obligations de l'homme. Cette conception du droit entrait parfaitement dans le cadre islamique, qui ne sépare pas le corps de l'esprit et qui a une conception de l'ensemble de l'homme.

O r i g i n e d u d r o i t :

L'origine d'un commandement peut différer selon les cas. Il y a le bébé qui obéit à sa mère, un jeune garçon à son instituteur, un adulte non seulement à des gens de confiance, à ses superstitions, et à l'opinion publique de son milieu, mais aussi au chef de la société à laquelle il appartient. Il va de soi que raiosns pour lesquelles nous obéissons dans ces divers cas diffèrent, elles aussi. Mais tous ces cas ne constituent pas le cadre des études juridiques, qui se restreignent plutôt à la seule dernière catégorie, au commandement du chef de l'Etat.

Le Coran[2] répète sans cesse que l'homme n'est que le vicaire et le lieutenant de Dieu, et que le Roi de l'univers c'est Dieu. Mais le philosophe observe au sein de l'Islam deux faits intéressants : Si l'un côté Dieu, qui est à la fois transcendant et immanent, envoie des messagers humains auprès de l'homme, de l'autre côté ces Messagers de Dieu ne se contentent pas de leur nomination de la part de Dieu. Muhammad, par exemple, communique à son peuple ce que Dieu lui révèle, mais dès que quelqu'un s'apprête à embrasser l'Islam, il doit contracter, par un acte juridique bilatéral, la fidélité

1) Cité par le **Charh at-taudîh** de Sadr'uch-Charî'a, p. 8.

2) Le Coran 2/30, 6/165, 7/128-129, 10/14 et 73, 24/55, 27/62, 35/39, 38/26 entre autres passages.

et prêter serment d'obéissance (la *bai'a*). Citons un seul cas à titre d'exemple. Dès avant l'Hégire, un groupe de douze Médinois se rend à la Mecque et, pour embrasser l'Islam, prête le serment suivant[3] à Muhammad :

> "Oïe et obéissance dans l'aise comme dans le malaise, dans le plaisir comme dans le déplaisir. Et c'est sur nous que (le Prophète) aura la préférence. Et nous ne contesterons pas le commandement à quiconque le détient. Et nous proclamerons la vérité où que nous nous trouvions, et nous ne craindrons, pour la cause de Dieu, le blâme de nul contempteur. Il est entendu que nous n'associerons à Dieu quoi que ce soit, que nous ne volerons pas, que nous ne forniquerons pas, que nous ne tuerons jamais nos enfants, que nous ne propagerons point la calomnie parmi nous, et que nous ne désobéirons (au Prophète) dans aucune bonne action".

Il en était ainsi avant l'hégire, quand le Prophète n'avait pas de pouvoir politique, et il en fut, *mutatis mutandis*, ainsi quand il l'exerça à Médine. On voit que le contrat social joue son rôle même pour le pouvoir du Prophète, et, à plus forte raison, pour celui des califes qui ne reçoivent pas de commandements divins directement par voie de révélation.

O r i g i n e d i v i n e e t o r i g i n e h u m a i n e :

Mais cela ne résoud pas tout le problème. Même le messager de Dieu, le Prophète, ne reçoit pas toujours une révélation pour trancher les litiges. Au contraire, il prend aussi des initiatives de son bon sens. La théorie est que, s'il commettait une erreur, Dieu ne le laisserait pas dans l'erreur, sans lui révéler la règle correcte, le droit chemin. Quoi qu'il en soit, il est à noter que le divin et l'humain se mêlent déjà pour ce qui provient du Prophète.

Quant aux initiatives du Prophète et des califes après lui, ils les ont prises parfois de leur propre chef pour promulguer une loi; parfois ils se sont contentés d'appliquer une règle ancienne, coutumière ou autre. Même lors d'une législation tout à fait neuve, la

3) **Hamidullah**, Document sur la diplomatie musulmane à l'époque du Prophète et des Khalifes orthodoxes, Paris 1935, I, 17, citant Ibn Hichâm etc.

suggestion pouvait venir d'autrui, des membres du conseil, et le chef de l'Etat (le Prophète ou le calife) acceptant une proposition, peu importe si l'avis des conseillers est unanime ou divisé.

Eléments constitutifs du droit musulman :

Quand un *usouliste* se pose la question : "pourquoi obéir à telle règle?", il doit prendre en considération les éléments constitutifs de la règle, car l'homme n'obéit pas avec le même scrupule aux commandements des supérieurs qui ont une autorité différente.

On sait[4] que les principales sources du droit islamique sont au nombre de quatre :

1. La révélation divine : le Coran ainsi que les autres anciennes Ecritures saintes reconnues par le Coran, dans les parties qui ne sont pas abrogées par le Coran[5].
2. Le comportement de Muhammad, en sa qualité de messager de Dieu et d'inspiré dans ses actes. Ce "comportement" (*Sunna)* comprend aussi bien ce qu'il a dit que ce qu'il a fait lui-même, et même ce qu'il a toléré chez ses fidèles concernant la coutume ancienne. Par cette confirmation *(taqrîr)*, la loi préislamique se maintient partiellement.
3. Opinion unanime des juristes d'une époque, le consensus *(ijmâ')* en cas du silence dans les deux premières sources.
4. Opinion *(giyâs)* des juristes individuels pour déduire la loi lors du silence dans le Coran et la *Sunna.*

Il va de soi qu'un croyant obéit volontiers au commandement de Dieu et de Son messager. Pour ce qui est de l'opinion des juristes profanes, qui ne sont pas infaillibles comme le Prophète, deux considérations renforcent leur autorité au sein de la communauté. D'abord ils doivent déduire la loi par analogie aux données du Coran et de la Sunna; la règle déduite s'assimile ainsi à l'original dont elle est tirée. Ensuite, le juriste chez les Musulmans présuppose non seulement une érudition mais en même temps une piété et impeccabilité morale. On rapporte aussi une parole de Muhammad : "Les savants de ma communauté sont comme les prophètes chez les Israélites", puisque Muhammad est lui-même le sceau et le dernier des prophètes.

Donc les opinions des juristes s'intègrent ainsi dans la loi divine, avec cette particularité qu'il y a possibilité de divergences parmi la masse des juristes, c'est-à-dire possibilité de remplacer l'opinion de l'un par celle d'un autre plus raisonnable.

Communication divine:

Même en se limitant à la catégorie des règles révélées directement tout n'est pas résolu. Dieu étant transcendant, comment savoir que telle est sa volonté et son commandement? La notion d'incarnation en tant que telle est étrangère à l'Islam, qui n'a retenu que la notion de la révélation réservée à la personne du Prophète.

L'inspiration, par contre, est une notion plus générale et plus graduée. L'homme humble et ordinaire a sa conscience, et le Prophète a dit : "Consulte ton coeur, même si les gens (jurisconsultes) t'ont précisé la loi"[6]. Les esprits nobles "annihilent" leur personne en la volonté divine, et une parole du Prophète exprime joliment cette idée : "Dieu a dit : Mon esclave (homme) continue de se rapprocher de Moi au moyen d'actes surérogatoires, jusqu'à ce que Je l'aime, et quand Je l'aime, Je deviens son oreille par laquelle il entend, et son oeil par lequel il voit, et sa main par laquelle il saisit, et son pied par lequel il marche..."[7].

Tous ces aspects contribuent à renforcer le prestige de la loi aux yeux de ses sujets.

---

4) Cf. mon article "Nouvelle étude des sources du droit musulman", dans les comptes-rendus du Congrès international des Orientalistes, session d'Istanbul, 1952. Version anglaise dans l'**Islamic Quarterly,** Londres, décembre 1954, p. 205-211; version turque dans l'**Islam Tedkikleri Enstitüsü Dergisi,** Istanbul, t. I, 1953.

5) Cf. As-Sarakhsî, **Usul,** II, 99-105; et en français dans la revue **France-Islam,** Paris, No. 10, 1967,. J'en ai parlé en allemand dans une étude spéciale dans la **Festschrift Otto Spies,** pour montrer la place de la Bible, comme source canonique, dans le droit musulman.

6) **Ibn Hanbal, Musnad,** IV, 228; **ad-Dârimî,** Sunan, ch. **buyou',** No. 2 .

7) **al-Bukharî,** Sahîh, ch. 81 (ruqâq), No. 38.

Abrogation dans la révélation:

Depuis Adam jusqu'à Muhammad il y a une longue suite de prophètes qui ont communiqué à leurs peuples les messages divins. Dieu est éternel, mais l'évolution de la société humaine exige que Dieu aussi modifie Ses lois pour la conduite des croyants. Donc, comme dans les législations de nos parlements, la notion d'ancien et de récent joue son rôle dans les révélations divines. La qualité divine n'est pas entamée, mais il faut appliquer seulement la plus récente disposition prise par le Législateur. Tout nouveau code n'abroge pas nécessairement l'intégralité de l'ancien code, et il peut y avoir des abrogations partielles. Cela s'applique aussi bien aux Livres Saints communiqués par les anciens prophètes qu'au Coran lui-même. Car révélé par fragments pendant 23 ans, et les historiens précisent que certaines des premières révélations furent abrogées par la suite et exclues du texte coranique.

Il va de soi qu'une loi peut être abrogée par l'autorité légiférante elle-même ou par une autorité supérieure. Le Coran est la parole de Dieu. Seul Dieu, par une révélation postérieure, peut abroger les versets du Coran. La *Sunna* provient du Prophète : elle peut être modifiée par le Prophète ou par Dieu (par le Coran). Les juristes tiennent la troisième place : leurs opinions peuvent être rejetées si l'on trouve une précision contraire dans la Sunna ou dans le Coran. Et comme le nombre des juristes, jusqu'à la fin du monde, sera illimité, il y a égalité parmi eux en tant que juristes. S'il y a divergence dans les opinions de différents juristes, il y a d'abord les écoles de droit qui tranchent, pour l'homme de la rue, la question de préférence; ensuite, et à l'intérieur même d'une école c'est le prestige et la renommée des individus, tout comme la solidité de leurs arguments, qui rendent possible la survie de l'opinion.

Obligations graduées:

Lorsqu'on étudie le Coran pour les besoins juridiques, on constate que tous les ordres y contenus n'ont pas la même portée : les uns sont des commandements obligatoires, les autres plutôt des recommandations, avec la précision que tout ce qui n'est pas interdit est permis.

Pour l'expliquer, les usoulistes ont élaboré une théorie très originale. Le comte Léon Ostrorog, diplomate et turcologue français, est sans doute le premier à avoir attiré l'attention de la science occidentale sur ce point, en ayant parlé dans son discours "Roots of Law" (Racines de la loi) prononcé à l'Université de Londres lors de la célébration du centenaire de cette Université[8]. Il s'agit de l'application à la Loi de l'antique notion morale du Bien et du Mal. D'après une allusion faite par al-Ghazâlî dans un de ses ouvrages usoulistes[9], il paraît que ce sont les juristes de l'école mu'tazilites qui ont énoncé les premiers cette notion qui s'est répandue par la suite dans toutes les autres écoles. Résumons ce qu'ils disent :

Tout le monde sera en principe d'accord qu'il faut faire ce qui est Bien, et qu'il faut s'abstenir de ce qui est Mal. Le Coran en parle souvent, en disant :"Commandez ce qui est *ma'rouf* (le bien reconnu) et interdisez ce qui est *munkar* (le mal reconnu). Mais les actes humains ne sont pas toujours aussi simples à classer. Il y a de la relativité. En bons mathématiciens, les usoulistes ont pensé à la rose des vents pour diviser et subdiviser les actes selon les principes du bien et du mal. Ce qui est du bien absolu, il faut l'appliquer obligatoirement. Ce qui est du mal absolu sera l'objet d'une interdiction complète. Mais si le bien l'emporte sur le mal, il sera recommandé, sans toutefois être obligatoire. De même, lorsque le mal excèdera le bien, il sera repréhensible et déconseillé, sans être formellement interdit. Enfin, là où les deux aspects sont égaux, où l'acte ne comporte ni bien ni mal, il sera laissé à la discrétion de l'individu qui peut même changer sa pratique de temps à autre.

Cette division de base en cinq catégories d'actes ou de règles représente comme les quatre points cardinaux de la boussole, nord, sud, ouest, est, donnant la possibilité à des subdivisions aussi nuancées que les subdivisions de la boussole : nord-est, nord nord-est, est-nord-est, etc. Cela s'applique aussi bien aux obligations qu'aux interdictions. Ainsi, entre l'obligatoire et le recommandé, il y a les catégories que je me contente d'énumérer sans chercher à les traduire : *fard-'ain, fard-kifâya, wajib, mandoub, mustahab, sunna-mu'akkada, sunna-ghair'mu'akkada, nâfila*. De même, entre l'interdit

---

8) Voir son ouvrage "Angora Reform".
9) **Al-Ghazâlî**, al-Mustasfà, I, 55-56 (éd. Bulaq, 1322 H.).

et le déconseillé, les usoulistes parlent de *harâm-char'î, harâm-instinbâtî, makrouh-tahrîmî, makrouh-tanzihî.*

La loi s'appuyera toujours sur la moralité, et la moralité sera maintenue par l'aide de la loi.

Les juristes savent toutefois qu'il y a une distinction à faire entre la règle stricte appliquée par les tribunaux *(fatwà)* et la piété recommandée *(taqwà)* que l'homme consciencieux ne manque pas d'observer. D'un côté les juristes insisteront sur le point que "le Musulman est tenu par les règles islamiques où qu'il se trouve"[10], et de l'autre il y aura des limites à la juridiction des tribunaux, limites imposées par une autorité aussi haute que le Prophète lui-même. En effet, ach-Chaibânî rapporte[11] d'après 'Atîya ibn Qais al-Kilâbî : "Le Prophète a dit : Quiconque commet meurtre, fornication ou vol (sur notre territoire) et s'évade, puis s'il rentre avec un sauf-conduit, sera poursuivi et puni pour ce à quoi il a voulu échapper. Mais s'il commet un meurtre, une fornication ou un vol sur le territoire ennemi, puis s'il arrive avec un sauf-conduit, il ne sera pas poursuivi pour ce qu'il a commis sur le territoire ennemi".

Détermination du bien et du mal:

Nous venons de dire qu'il y a de la relativité dans la notion du bien et du mal. Le résultat d'une guerre est évidemment bon pour le conquérant et mauvais pour le vaincu, et le même fait est caractérisé de façons opposées par rapport à l'une ou à l'autre partie en conflit. Prenons le cas du meurtre "délibéré" : celui qui survient de la main d'un brigand, d'un chasseur prenant sa victime pour un gibier, d'un fou ou d'un enfant mineur, de celui qui ne fait que se défendre légitimement, d'un bourreau exécutant l'ordre d'un tribunal, d'un soldat défendant son pays contre l'invasion : que de nuances et que de différences! La mort est tantôt sévèrement punie, tantôt elle l'est légèrement, tantôt elle est pardonnée, tantôt elle est considérée comme un devoir normal n'entraînant ni éloge ni condamnation, et parfois même elle est tenue comme méritant les

10) Parole d'Abou-Yousuf citée par **as-Sarkhsi,** dans son Mabsout, X, 95, ainsi que dans son **Charh as-Siyar al-Kabir,** IV, 128 et 130.

11) **As-Sarakhsî,** Charh as-siyar al-kabîr, IV, 108.

plus grands éloges et honneurs. Presque toute la vie humaine est composée d'actes dont le bien et le mal sont relatifs. C'est pourquoi le Prophète a souvent dit[12] : "Les actes sont uniquement d'après leurs mobiles". Il se peut que le Credo islamique aussi pense à cela quand il dit qu'il faut croire "à ce que le bien et le mal sont de la part de Dieu" et que ce soit Dieu-Législateur qui détermine quel acte, et dans quelle circonstance, doit être caractérisé comme étant bon ou mauvais.

Il est assez intéressant — voire même surprenant — de constater que le Coran se sert du terme *ma'rouf* pour dire le Bien, et *de munkar* pour dire le Mal. Or le *ma'rouf* signifie, littéralement le (bien) qui est connu de tout le monde et reconnu comme tel; et le *munkar* est la chose reconnue par tout le monde comme contraire à ce qui convient,comme mal connue de tout le monde et reconnue comme telle.Ce qui frappe ici, c'est qu'il ne semble pas y avoir d'arbitraire. Le Coran semble être persuadé que le bien-fondé de tout ce qu'il commande sera reconnu par la raison, par tout esprit réfléchi. En effet al-Ghazâlî, Waliullâh ad-Dihlawaî et autres ont laissé de volumineux ouvrages pour expliquer la philosophie et la raison d'être des règles du droit islamique dans tous ses domaines.

Développement du droit:

On a signalé que, parmi les sources du droit musulman, le Coran et le comportement du Prophète (la sunna) sont les éléments de base et sont immuables, et que les opinions des juristes s'y assimilent parce qu'elles se basent sur ces deux sources essentielles. Mais il ne faut pas en conclure que le droit musulman soit quelque chose de clos ou de replié sur lui même, excluant tout contact avec l'étranger. Car, bien des fois, le Coran répète que tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis. Les interdictions ne peuvent viser que les actes limités, et ce qui est tu sera illimité. Donc, toute coutume, toute pratique étrangère et toute nouvelle suggestion qui ne contrarient pas la lettre ou l'esprit de la loi sont susceptibles d'être acceptées et incorporées dans la loi islamique. Les traités bilatéraux ou multilatéraux, la réciprocité, et l'in-

12) **al-Bukhârî,** Sahîh, ch. 1, No. 1.

térêt public (*maslaha 'âmma*) sont autant de sources valables en Islam. Ainsi, la porte reste toujours ouverte au développement.

Et même, pour ce qui est de l'ancienne loi, il ne faut pas penser qu'il s'agisse de quelque chose de fossilisé, d'incapable de changement. Dans l'immense édifice du droit musulman, les règles directement en provenance du Coran et de la *Sunna* sont très peu nombreuses; tout le reste est déduction des juristes, donc opinion profane où la différence entre les individus est depuis toujours tolérée.

Même ce qui provient du Coran et de la *Sunna* n'est pas toujours d'égale portée : certaines règles sont obligatoires, d'autres sont autorisées. Illustrons ce point par quelques exemples : la polygamie est autorisée dans le Coran, sous certaines conditions; de même, la réduction en esclavage des prisonniers de guerre. Mais, ni l'une ni l'autre n'étant obligatoire, si un Musulman préfère rester monogame, ou ne posséder aucun esclave, il ne commet absolument aucun péché. Bien au contraire, la monogamie et l'émancipation des esclaves sont recommandées par le Coran. Selon le Coran (9/60), le budget de l'Etat doit toujours comporter un chapitre pour faire libérer les esclaves. La polygamie existe par le consentement de la femme seulement : le mariage est un contrat bilatéral où le consentement de la femme est aussi important que celui de l'homme, et la femme peut valablement exiger que durant le mariage son mari restera monogame; et si le fiancé a déjà une autre femme, la fiancée peut refuser le mariage polygame. Ainsi, sans changer le Coran en quoi que ce soit, on ne pratique pas l'autorisation coranique, et on l'écarte pour des cas exceptionnels.

Donnons un exemple des opinions de juristes : un droit non réclamé et non appliqué ne disparait pas pour autant. Mais quand l'empire ottoman a senti le besoin de prescrire la limitation dans les cas civils, les plus orthodoxes des ulémas, rédacteurs de la *Mecelle,* en ont trouvé le moyen et ont dit que le droit est certes sacré et éternel, mais que la compétence d'écouter les réclamations pour de vieilles choses étant dorénavant réservée au Sultan, les tribunaux refuseront de s'en occuper[13].

---

13) Certes, **as-Sarakhsî (Charh as-siyar al-Kabîr**, IV, 213) en trouve des traces déjà dans la pratique du Calife 'Umar.

Les juristes sont des égaux. Donc les uns sont autorisés à rejeter l'opinion des autres, comme nous l'avons déjà relevé. Cela au point que, d'après le grand usouliste Pazdawî[14], même le consensus de tous les juristes d'une époque est suceptible d'être rejeté et remplacé par un autre consensus postérieur. Il va de soi que pour avoir un nouveau consensus, il faut que quelqu'un agissant personnellement, s'oppose d'abord à l'ancien consensus, pour que les autres se rallient ensuite à son opinion.

Je peux relever en passant que depuis bien des décennies, des efforts sont faits chez les Musulmans pour confronter les opinions de différentes écoles juridiques, hanafite, châfi'ite, chî'ite etc., et pour connaître les arguments de chacune de celles-ci afin de voir si, dans les temps modernes, il n'y a pas possibilité de se mettre d'accord sur un certain nombre de règles où les avis ont divergé autrefois.

Indépendance de la législation:

On ne semble pas avoir, jusqu'ici, prété attention à une donnée très remarquable de l'histoire juridique en Islam. Non seulement les autorités judiciaires, mais même celles législatives, sont depuis toujours restées en Islam indépendantes des autorités administratives et exécutives. Depuis la mort du Prophète, le gouvernement ne s'est jamais attribué les prérogatives de la législation, sauf pour des questions purement administratives. Les jurisconsultes privés, aussi bien que les juges des tribunaux, ont puissamment aidé en ce sens. On ne saurait trop insister sur l'importance et la grande portée de ce fait. Il y a de la force tout comme de la faiblesse. Force, parce que la législation resta à l'abri des vicissitudes de la politique et des désirs personnels des souverains de la basse époque. Faiblesse, parce que cet état de choses, bien qu'il ait grandement aidé au développement du droit à cause de la liberté illimitée de l'opinion juridique, il n'y a pas de moyens efficaces pour éliminer les opinions non raisonnées.

---

14) Usoul de **Pazdawî** et son commentaire Kachf'ul-asrâr par **'Abd'ul-'Azîz al-Bukhârî**, III, 261-262.

Classification de la matière juridique :

On sait que le droit romain se divise en règles relatives aux personnes, aux biens et aux actions (procédure). Cette division laisse de côté le culte et les rites religieux. Comme le droit musulman veut être plus compréhensif et englober la totalité de la vie humaine, les juristes musulmans ont adopté une autre classification de la matière juridique. Ils parlent d'abord de *'ibâdât* (rapports de l'homme avec Dieu), puis de *mu'âmalât* (rapports des hommes entre eux), et enfin de *zawâjir* (appelées également *'uqoubât*, c.'à-d. dissuasions, pénalités). Certains auteurs retirent quelques chapitres du deuxième groupe pour en constituer un quatrième et dernier groupe, celui des choses *post mortem*, l'héritage et le legs par testament.

Celui qui ne donne à cela qu'un regard superficiel peut avoir quelque surprise. Tous parlent en effet de la fiscalité dans la rubrique *'badat* (culte). De même, ceux des juristes qui veulent rédiger un ouvrage complet, font figurer la loi constitutionnelle sous cette même rubrique. La cause en est que l'Islam ne sépare pas le spirituel du temporel, mais groupe les deux dans un seul tout. Rien d'étonnant alors que le chef de l'Etat soit en même temps le grand prêtre. En effet, dans la terminologie islamique, le mot *imâm* signifie à la fois le calife (le souverain) ainsi que le dirigeant de l'office de la prière à la mosquée. Les qualités de l'imam ne peuvent pas ne pas être exposées quand on parle de l'office de la prière en commun. Quant à la fiscalité, la raison en est que, d'après une célèbre parole du Prophète, l'édifice de l'Islam comporte cinq éléments : le toit est constitué par la croyance en l'unicité de Dieu; et les quatre piliers, sont les devoirs de la prière, du jeûne, du pèlerinage et de la zakât[14] (impôts payés au gouvernment musulman). Pour les juristes il n'était pas difficile d'affirmer que l'homme doit adorer Dieu aussi bien par son corps que par ses biens; si la prière, le jeûne et le pèlerinage sont des actes corporels du culte (*'ibâdâ badaniya*), le paiement de l'impôt pour le bien d'autrui est l'acte du culte moyennant nos biens (*'ibâdâ mâliya*).

Il ne faut pas, non plus, s'étonner de voir le droit international inséré dans la rubrique des Pénalités. Contrairement aux autres systèmes juridiques, le droit international ne dépend pas en Islam de la politique et de la discrétion du chef de l'Etat, mais fait partie du droit du pays, où l'étranger, même en temps de guerre, a le "droit" qui est administré par les tribunaux. Le plus ancien code musulman qui soit parvenu jusqu'à nous est le *Kitâb al-majmou'* de Zaid ibn 'Alî (m. 637), édité par Griffini à Milan en 1919. Même dans cet ouvrage de la première époque, il y a un long chapitre sur le droit international, pour exposer les règles de la paix et de la guerre avec les Etats étrangers. Zaid l'a intitulé *Siyar*, et l'a inséré dans les chapitres du droit pénal. Dorénavant il en sera toujours ainsi. L'auteur a logiquement pensé que, si la mobilisation partielle des forces de l'ordre est nécessaire pour réprimer les dégâts des brigands de grands chemins et des voleurs, l'invasion étrangère — qui occasionne aussi des pillages et des meurtres — exige leur mobilisation à une bien plus vaste échelle.

Sanctions:

Le poète Akbar Allahâbâdî s'est servi d'une tournure humoristique pour décrire une profonde vérité psychologique; il a dit: "La souveraineté de Dieu se fait reconnaître par l'existence de la mort".

Les sanctions ont, en effet, joué un grand rôle, à toute époque de l'histoire sociale de l'homme, pour qu'il observe les règles de bonne conduite. A notre époque, en occident, c'est la puissance des forces de l'ordre, de la police en premier lieu, qui constitue la sanction pour la loi du pays. Mais que faire si la loi elle-même exempte en quelque sorte certains individus de toute responsabilité? Les Anglais ont dit : "King can do no wrong". Les membres du corps diplomatique ne sont pas assujettis à la juridiction du pays où

---

14) La **zakât** n'est point une aumône laissée à la discrétion des hommes charitables. Son tarif est fixe, l'époque de son encaissement aussi. Personne parmi ceux qui ont le minimum imposable n'en est exempt, et le gouvernement emploie la force pour contraindre le récalcitrant. La zakât vise l'agriculture, le commerce, l'exploitation des mines, les troupeaux de bêtes de paturage, les épargnes etc. De plus, à l'époque du Prophète et des califes, il n'y avait pas d'autres impôts, tous s'appelaient la **zakât.** Il s'agit bel et bien de l'impôt.

ils sont accrédités. En temps des guerre, il y a d'autres exemples de la suspension des droits.

Le droit musulman, au contraire, ne se contente pas des sanctions matérielles mais se sert aussi et en même temps de la sanction spirituelle et intérieure qui s'ajoute à l'autre sanction et la renforce puissamment. En effet, le Musulman croit en la résurrection et au jugement dernier devant Dieu, pour tous ses actes d'ici-bas, aussi bien pour ses croyances théologiques et ses actes du culte que pour ses actes profanes. Si quelqu'un réussit à dissimuler quelque fait et à tromper le service du gouvernement, ou si le gouvernement est dans l'incapacité de contraindre quelqu'un de s'acquitter de son devoir, le tort de l'homme restant ainsi impuni, tout n'est pas fini; car bientôt Dieu le jugera, — comme le croit le Musulman — et alors il, ne pourra ni cacher, ni tromper ni échapper au Seigneur.

Cette croyance religieuse, qui est à la base des dogmes musulmans, sert en effet de sanction plus puissante que la sanction matérielle, au point que le Musulman est volontairement amené à accomplir son devoir, même si celui qui, de droit, l'ignore ou se trouve dans l'incapacité de contraindre l'autre à rendre justice. Si un Musulman prie ou jeûne sans que personne l'y contraigne, il paie aussi les impôts au gouvernement islamique avec autant d'empressement. Cela s'explique ainsi :

Dans son souci de coordonner le corps et l'esprit et de créer un harmonieux tout chez l'homme, — où rien ne devrait prosperer aux dépens de quelque autre chose —, le Prophète a inclu le paiement des impôts parmi les quatre piliers essentiels de l'Islam, à côté des devoirs de prière, du jeûne pendant le mois de Ramadan et du pèlerinage à la Maison de Dieu de la Mecque. Ce n'est pas un hasard si le Coran répète des vingtaines de fois cette phrase : "Etablissez l'office de la prière et acquittez les impôts", réunissant les deux dans le même souffle.

Pour mieux inculquer à l'esprit l'importance de ce devoir, le nom même qu'on a donné à l'impôt est significatif. En effet, le Coran se sert de trois synonymes pour les impôts payés par les Musulmans à leur gouvernement : *zakât, sadaqa* et *haqq*, en les distinguant nettement de la charité privée à laquelle il ne cessera d'exhorter (en la nommant *infâq fî sabîl'illah*, dépense dans le chemin de Dieu, etc.).

Or le mot *zakât* signifie, littéralement, ou bien la croissance ou la purification. Cela implique probablement qu'il faut purifier les biens qui augmentent, en en donnant une partie à ceux qui sont besogneux. L'organisation étant à la base de la communauté, il faut remettre cet impôt à l'organe central de la communauté, pour le répartir équitablement.

Le mot *sadaqa* a aussi deux sens : la véracité ainsi que la charité. Donc pour prouver la véracité de l'affirmation de la loyauté et de l'obéissance à Dieu, il faut faire la charité, "pour le visage de Dieu", au nom de Dieu.

Enfin le mot *haqq* signifie à la fois le droit et la vérité. Donc l'impôt est le droit d'autrui grevant nos biens; son acquittement prouve que nous sommes vraiment et sincèrement obéissants à Dieu.

Psychologiquement l'origine divine d'un devoir a plus de chance d'être obéie que la volonté des hommes, nos supérieurs, tyrans souvent, sans autre justification que le pouvoir de coercition. Je ferai allusion en passant au fait que le Coran a réglé avec détail et précision la destination des revenus de l'Etat, et établi les principes du budget; les revenus ne sont pas la propriété du chef de l'Etat, loin de là. (Pour plus de détails, voir mon article "Budgeting and Taxation in the Time of the Holy Prophet", dans le Journal of Pakistan Historical Society, Karachi, 1955, t. III/i, p. 1-11).

But et objet:

A Rome, la loi s'appelait autrefois "*fas*" et englobait aussi bien les règles du culte que celles des affaires profanes, et le roi était le prêtre en chef. Ce n'est que plus tard et graduellement qu'on sépara les fonctions sprituelles des fonctions politiques, et pour des raisons évidentes les rois se contentèrent de la direction des affaires temporelles et, ainsi, le "*jus*" vit le jour.

Cette séparation paraîtrait artificielle, car on ne peut pas séparer le corps de l'homme de son esprit. Il y a même risque de faire du tort à l'un ou à l'autre si les dirigeants des deux côtés de l'homme ne s'entendent pas. Lors d'un conflit, si le chef spirituel est plus puissant et l'emporte sur son rival, la vie matérielle de la communauté va souffrir; et si, au contraire, le chef temporel gagne la bataille, la vie spirituelle subira le préjudice. Un équilibre harmo-

nieux et une coordination permanente seront plus facilement assurés si les deux responsabilités ressortent de la même compétence. Ce n'est pas la division du travail, mais la séparation complète des sources des règles et le manque de coordination des exécutifs des deux domaines de vie qui sont mis en question.

La Coran (II, 200) a condamné la conception matérialiste de la vie et dit : "Il y a ceux qui disent : Seigneur! Donne-nous une belle part ici-bas. Pour ceux-là, pas de part dans l'au-delà". Le Coran n'est pas moins emphatique pour condamner la vue purement spirituelle de la vie, et dit par exemple (VII, 32) : "Dis : Qui a interdit la parure de Dieu — qu'Il a produite pour Ses esclayes —, ainsi que les excellentes nourritures? Dis : Elles seront, dès la vie présente, à ceux qui croient, exclusivement leurs au jour de la résurrection". Et ailleurs (XXVIII, 77) : "...et n'oublie pas ta quote-part en cette vie...". En effet, pour le Coran (II, 201) une vue d'ensemble de la vie est à chercher : "Et il est des gens qui disent : Seigneur! donne-nous belle part ici-bas, belle part aussi dans l'au-delà; et garde-nous du châtiment du Feu! Ceux-là auront part à ce qu'ils auront gagné, Dieu étant prompt de compte".

Ne nous étonnons donc pas si le célèbre ouvrage usouliste, *Musallam ath-thubout* de Muhibbullâh al Bihârî (I, 10) affirme que le but du droit Musulman ne peut pas négliger le bien-être de l'au-delà.

Ce sont là quelques données qu'on rencontre dans les ouvrages usoulistes quand ils décrivent la philosophie du droit musulman. Cette littérature, qui n'est pas dépourvue d'originalité, mérite d'être étudiée de plus près. On y trouvera autant d'écoles que dans le domaine des codes des lois, hanafite, châfi'ite, chî'ite, mâlikite etc., et même des ouvrages mu'tazilites (l'Institut français de Damas vient d'en éditer un en deux volumes) sur Usoul al-Fiqh, bien qu'il n'y ait aucun ouvrage mu'tazilite sur le Fiqh, aucun code de lois. Dans la bibliothèque Chester Beatty de Dublin, il y a même un ouvrage manuscrit, rédigé par as-Saimarî, une étude comparative des diverses écoles usoulistes en Islam.
